

University of Groningen

Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz

Jans, J.H.; de Graaf, K.J.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Jans, J. H., & de Graaf, K. J. (2004). Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 4, 98-102.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Rechtspraak

Bevoegdheid = verplichting?

Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz

Prof. mr. J.H. Jans en mr. K.J. de Graaf

In hoeverre kan het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van Gemeenschapstrouw een nationaal bestuursorgaan verplichten terug te komen op een besluit dat achteraf in strijd is gebleken met Europees recht, maar inmiddels formele rechtskracht heeft gekregen? Beantwoording van deze vraag houdt verband met artikel 4:6 Awb. Daarin ligt een afweging besloten tussen het verwezenlijken van de materieel-rechtelijke aanspraken van Kühne & Heitz en de rechtszekerheid voor het bestuursorgaan en eventuele derde-belanghebbenden. Hoewel de omstandigheden van het geval van doorslaggevend belang zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vraag, zodat niet snel tot verstreckende conclusies kan worden gekomen, lijkt de toepassing van artikel 4:6 Awb, wellicht anders dan in een zuiver nationaalrechtelijk geschil zou worden verwacht, te leiden tot een verplichting om terug te komen op een rechtens onaantastbaar besluit.

*Hof van Justitie, arrest van 13 januari 2004, zaak C-453/00 Kühne & Heitz tegen Productschap voor Pluimvee en Eieren*¹

De feiten

De lezers van dit tijdschrift zijn reeds bekend met de feiten in de zaak *Kühne & Heitz*.² Daarom kunnen wij hier volstaan met een summiere samenvatting. In de periode van december 1986 t/m eind 1987 heeft Kühne & Heitz kippenpoten naar derde landen geëxporteerd. In

haar aangiften bij de Nederlandse douane heeft zij deze in het kader van het gemeenschappelijk douanetarief gecategoriseerd als 'dijen en delen daarvan'. Op basis van deze aangiften had het Productschap voor Pluimvee en Eieren de voor deze categorie geldende exportrestituties toegekend en de overeenkomstige bedragen betaald. Na verificatie heeft het Productschap de producten ingedeeld als 'andere' en als gevolg van deze herindeling een bedrag van 970.950,98 NLG teruggevorderd. Het hiertegen ingediende bezwaarschrift was ongegrond en ook het bij het CBb ingestelde beroep werd, zonder prejudiciële vragen te stellen, bij uitspraak van 22 november 1991 ongegrond verklaard.³ In afwijking van het besluit van het Productschap dat in rechte stand had gehouden, besliste het Hof van Justitie EG bij arrest van 5 oktober 1994 in de zaak *Voogd Vleesimport* echter anders. 'Een poot waaraan een rugstuk vastzit, moet [...] als dij [...] van de nieuwe nomenclatuur worden ingedeeld, indien het rugstuk niet groot genoeg is om het product zijn wezenlijk karakter te verlenen'.⁴ Naar aanleiding van dit arrest heeft Kühne & Heitz het Productschap verzocht om de ten onrechte van haar teruggevorderde restituties terug te betalen (het eerste verzoek), alsmede om betaling van een bedrag ter zake van het meerdere aan restituties dat zij zou hebben ontvangen indien de na december 1987 uitgevoerde kippenpoten waren ingedeeld in overeenstemming met het arrest *Voogd Vleesimport* (het tweede verzoek). Beide verzoeken zijn door het Productschap afgewezen. Tegen de eveneens afwijzende beslissing op bezwaar is door Kühne & Heitz beroep ingesteld bij het CBb. In de uitspraak van 1 november 2000⁵ verklaart het College het beroep inzake het tweede verzoek ongegrond, maar schorst de zaak met betrekking tot het eerste verzoek en stelt de volgende prejudiciële vraag: 'Brengt het gemeenschapsrecht, waarbij met name valt te denken aan het beginsel van de gemeenschapstrouw als vervat in artikel 10 EG, in omstandigheden als in de overwegingen van deze uitspraak geschetst, mee dat een bestuursorgaan verplicht is om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden, ten einde de volle werking van het gemeenschapsrecht, zoals dit blijkt uit het antwoord op een latere prejudiciële verwijzing moet worden uitgelegd, te verzekeren?'

¹ Zie ook de commentaren in JB 2004, 42 m.nt. NV, SEW 2004, m.nt. S. Prechal (binnenkort te verschijnen).

² M. de Jong, 'Kühne: vraag CBB over consequenties van latere afwijkende prejudiciële uitspraak voor formele rechtskracht van eerdere besluiten', *NTER* 2001, p. 29-35.

³ CBb 22 november 1991, nr. 91/0130/008/013.

⁴ HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-151/93, *Jur.* p. I-4915

⁵ CBb 1 november 2000, AB 2001, 32 (m.nt. JHvdV).

Het relevante nationale rechtskader volgens het Hof van Justitie

In het arrest noemt het Hof van Justitie in rechtsoverweging 4 de artikelen 4:6 en 8:88 Awb als het voor deze zaak relevante nationale rechtskader. Artikel 4:6 lid 1 Awb luidt:

'Indien na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, is de aanvrager gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden.' Het tweede lid vervolgt met: 'Wanneer geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, kan het bestuursorgaan zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking.'

Met andere woorden, artikel 4:6 Awb eist dat indien een belanghebbende van het bestuursorgaan verlangt dat het terugkomt op een eerdere voor hem ongunstige beslissing, hij gehouden is nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden. Bij gebreke daarvan kan het bestuursorgaan er bij de afwijzing van het verzoek eenvoudig mee volstaan te verwijzen naar de eerdere beschikking. Dat betekent vervolgens dat wanneer wel nieuwe feiten en omstandigheden zijn gebleken, het bestuursorgaan niet kan volstaan met een enkele verwijzing naar het eerdere afwijzende besluit.

Op grond van vaste – en bekritiseerde – jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechters lijkt echter de conclusie te moeten worden getrokken dat naar nationaal recht, nieuwe jurisprudentie, zoals het arrest van het Hof in de onderhavige zaak zou kunnen worden gezien, *niet* als nieuw gebleken feit kan gelden.⁶ Daarenboven geldt in het algemeen dat, indien een bestuursorgaan weigert een herhaald verzoek in te willigen terwijl een nieuwe jurisprudentielijn is ingezet, die beslissing door de bestuursrechter uiterst marginaal wordt getoetst.⁷ Voor de rechter staat voorop dat een belanghebbende met een beroep tegen de afwijzing van het verzoek om terug te komen op een besluit, niet kan bereiken dat de rechter het beroep beoordeelt als ware het gericht tegen het oorspronkelijke besluit. Daarmee zou die belanghebbende immers voor zichzelf een nieuw beroepsrecht kunnen creëren, waarmee de rechtszekerheid voor het bestuursorgaan en voor derdebelanghebbenden, die van de formele rechtskracht van het besluit en de onherroepelijkheid daarvan mogen uitgaan, in ernstige mate zou worden aangetast. Aldus wordt het bestuursorgaan in grote mate vrijheid geboden om te bepalen dat het niet wenst terug te komen van een rehtens onaantastbaar geworden besluit.

Hoewel het Hof ook naar artikel 8:88 Awb verwijst, lijkt dat artikel, hoewel vergelijkbaar, niet onmiddellijk tot het relevante rechtskader te behoren. Immers, het onderhavige geval heeft niet betrekking op de herziening van een eerdere uitspraak van de bestuursrechter, maar op de bevoegdheid van bestuursorganen om terug te komen op een eerder genomen besluit.⁸

Over de uitspraak van het Hof van Justitie

Voordat het Hof op de specifieke omstandigheden van het geval ingaat, worden eerst twee piketpaaltjes uitgezet. Het Hof wijst in de eerste plaats op de wijze waarop prejudiciële arresten in de tijd werken: de uitlegging die het Hof geeft aan een regel van Gemeenschapsrecht, verklaart en preciseert de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (r.o. 21). Kort en goed: die uitlegging heeft terugwerkende kracht. In de tweede plaats wijst het Hof op het rechtszekerheidsbeginsel, zijnde een algemeen

beginsel van Gemeenschapsrecht: 'Dat een besluit van een bestuursorgaan definitief wordt na het verstrijken van redelijke beroepstermijnen of na uitputting van alle rechtsmiddelen, draagt bij tot die zekerheid. Bijgevolg vereist het Gemeenschapsrecht niet dat een bestuursorgaan in beginsel moet terugkomen op een besluit dat aldus definitief is geworden' (r.o. 24).

Het antwoord van het Hof moet dus ergens tussen beide uitgangspunten worden gevonden. Dat antwoord is echter – zeker wanneer men op dit punt een bijdrage aan de verdere rechtsontwikkeling verwacht – enigszins teleurstellend. Het Hof van Justitie heeft namelijk gemeend zijn rechtsoverwegingen heel specifiek toe te moeten spitsen op het onderhavige geval, zodat meer algemene conclusies op het eerste gezicht nauwelijks mogelijk zijn.

Het Hof schetst in het bijzonder de specifieke context van de zaak waarin de gestelde vraag moet worden beantwoord. Vier elementen worden daarbij, in rechtsoverweging 26, genoemd:

- 1 het nationale recht biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid, terug te komen op⁹ het definitief geworden besluit zoals die in deze zaak in geding zijn;
- 2 het in geding zijnde besluit is pas definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor beroep;
- 3 die uitspraak was gebaseerd op een uitlegging van het Gemeenschapsrecht die, gelet op een later arrest van het Hof, onjuist was en was gegeven zonder dat was verzocht om een prejudiciële beslissing ex artikel 234 EG;
- 4 de belanghebbende heeft zich tot het bestuursorgaan gewend onmiddellijk na kennis te hebben genomen van het arrest van het Hof.

'In die omstandigheden is het betrokken bestuursorgaan krachtens het in artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel gehouden, zijn besluit opnieuw te onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het Hof inmiddels aan de relevante bepaling van Gemeenschapsrecht heeft gegeven. Aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek zal dat orgaan moeten bepalen, in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het betrokken besluit dient terug te komen', aldus het Hof van Justitie (r.o. 27).

Van bevoegdheid naar verplichting

Hoe moet deze conclusie van het arrest nu worden vertaald in termen van artikel 4:6 Awb? Uit het hierboven geschetste rechtskader

⁶ CRvB 17 december 1997, AB 1998, 124 m.nt. HBr; ABRvS 3 september 1999, AB 2000, 362; H.E. Bröring & A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van artikel 4:6 Awb', JBplus 2002, p. 59-60.

⁷ Zie daarover R. Stijnen, 'Artikel 4:6 Awb: tussen formele rechtskracht en discretionaire bevoegdheid', RSV2002, p. 894-904.

⁸ Uiteraard moet niet worden uitgesloten dat in een geval waar artikel 8:88 Awb wel aan de orde is de bevoegdheid van de rechtbank om te herzien eveneens wordt getransformeerd tot een verplichting.

⁹ Over de betekenis van 'het terugkomen op' spreekt Verheij, in zijn annotatie onder deze uitspraak, JB 2004, 42 (m.nt. NV), van een onnauwkeurige formulering. De oorzaak hiervoor is echter gelegen in de prejudiciële vraag van het CBb; deze gebruikte dit inderdaad weinig precieze begrip. En zoals met veel zaken: de kwaliteit van de output is afhankelijk van de kwaliteit van de input.

is gebleken dat het Productschap *in casu* naar *nationaal* recht niet alleen de bevoegdheid heeft om het verzoek vereenvoudigd af te wijzen, maar ook dat de rechterlijke toetsing van deze afwijzing normaal gesproken uiterst marginaal zal zijn. Pas wanneer de rechter concludeert dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid had kunnen beslissen om het herhaalde verzoek onder verwijzing naar het eerdere besluit af te wijzen, dan wel dusdoende heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, moet de weigering om terug te komen op het rechtens onaantastbaar geworden besluit, worden vernietigd. De marginale toets zou dus slechts tot gegrondverklaring van een beroep kunnen leiden in gevallen van evidente onjuistheid van het bestreden besluit.¹⁰ In welke gevallen sprake is van evidente onjuistheid is onduidelijk, maar uit het feit dat het bestreden besluit wordt vernietigd, kan worden afgeleid dat het bestuursorgaan onder de gegeven omstandigheden verplicht is terug te komen op een rechtens onaantastbaar besluit. In het licht van het – naar onze mening enigszins betreurenswaardige – oordeel van de Nederlandse bestuursrechters dat nieuwe jurisprudentie geen nieuw gebleken feit is, kan naar onze mening worden vastgesteld dat het arrest van het Hof van Justitie in *Voogd Vleesimport* niet kan worden gekwalificeerd als ‘nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden’ in de zin van artikel 4:6 Awb. Een en ander brengt dus met zich dat, naar nationaal recht, het Productschap in beginsel met de enkele verwijzing naar de eerdere afwijzing zou hebben kunnen volstaan.

Het arrest *Kühne & Heitz* maakt duidelijk dat deze ‘normale’ toepassing van het bestuurs(proces)recht niet langer mogelijk is, wanneer de rechtsbetrekking Europeesrechtelijk van karakter is. De consequentie van dit arrest voor de toepassing van artikel 4:6 Awb en de bevoegdheid tot het intrekken van rechtens onaantastbaar geworden besluiten door bestuursorganen is naar onze opvatting de volgende. De uitspraak van het Hof wordt door ons zo gelezen dat – in de door het Hof in rechtsoverweging 26 gememoreerde omstandigheden van het geval – de ruimte die een bestuursorgaan normaliter heeft om de herhaalde aanvraag, ook indien de aanvrager wel nieuw gebleken feiten en veranderde omstandigheden heeft aangedragen, niet terug te komen op een besluit, als het ware tot nul wordt gereduceerd. Met andere woorden, de naar nationaal recht aanwezige beleidsruimte wordt *in casu* door het Hof van Justitie volledig ingevuld. Weliswaar spreekt het Hof in rechtsoverweging 27 uit dat het bestuursorgaan de verplichting heeft het eerdere besluit opnieuw te onderzoeken, maar deze onderzoeksplicht is, blijkens het vervolg van die rechtsoverweging, resultaatgericht. De onderzoeksplicht, die vergelijkbaar lijkt met de plicht om het eerdere besluit

te heroverwegen wanneer wel nieuw gebleken feiten zijn aangedragen,¹¹ is erop gericht (‘teneinde’) rekening te houden met de uitspraak van het Hof in de zaak *Voogd Vleesimport*. Nu er *in casu* geen belangen van derden in het geding zijn, lijkt er voor het CBB toch niet veel anders op te zitten dan het besluit van het Productschap te vernietigen. Daarmee dwingt de rechter het nationale bestuursorgaan ertoe om terug te komen op een in beginsel rechtens onaantastbaar besluit. Aldus wordt een bevoegdheid van het bestuursorgaan getransformeerd tot een verplichting.

Omstandigheden van het geval

Onder omstandigheden kan een bevoegdheid van een bestuursorgaan dus veranderen in een verplichting. Een logische vervolgvraag is dan ook of er naast de omstandigheden die het Hof hier hanteert, de in r.o. 26 vermelde criteria om tot de verplichting tot terugkomen te geraken, wellicht nog andere criteria bestaan? De uitspraak is daar niet duidelijk over. Zijn de criteria cumulatief, limitatief of slechts tentatief? Het lijkt erop dat het Hof door in zijn uitspraak zo nadrukkelijk te wijzen op de omstandigheden van het geval, slechts voor dit geval een uitspraak heeft willen doen.¹²

Toch is de vraag naar het al dan niet uitputtende karakter van de criteria niet onbelangrijk. Laten we als voorbeeld eens het besluit van het Productschap nemen met betrekking tot het ‘tweede verzoek’. Het CBB vond deze zaak zo ‘clair’ dat daarover niet eens vragen werden gesteld. Maar is dit nu wel zo? Door geen prejudiciële vragen te hebben gesteld over het ‘tweede verzoek’ lijkt het CBB er impliciet van uit te gaan dat het bestuursorgaan geen bevoegdheid heeft om terug te komen op een onjuist gebleken besluit indien daartegen geen rechtsmiddel werd aangewend. Dat lijkt ons onjuist.

Ook met betrekking tot dit tweede verzoek moet worden aangenomen dat het Productschap in beginsel over een *bevoegdheid* beschikte om – voor Kühne & Heitz – positief te beslissen. In het algemeen kan men immers stellen dat uit de bevoegdheid om besluiten te nemen *impliciet* de bevoegdheid voortvloeit deze besluiten in te trekken. Hoewel op grond van het rechtszekerheidsbeginsel rekening moet worden gehouden met eventuele belangen van direct- en derdebelanghebbende(n), heeft een bestuursorgaan impliciet de bevoegdheid een besluit in te trekken wanneer dat achteraf onjuist blijkt te zijn.¹³ Zo kan 1) het bestuursorgaan een voor belanghebbende belastend besluit op eigen initiatief intrekken of wijzigen, of kan 2) het bestuursorgaan intrekken op basis van een verzoek daartoe van de belanghebbende.

Door het College was dit ook reeds in de verwijzingsuitspraak geconstateerd: ‘Naar Nederlands bestuursrecht staat geen rechtsregel eraan in de weg dat een bestuursorgaan terugkomt op door hem genomen besluiten, die naar intern-nationaal recht definitief zijn geworden, zelfs niet indien er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden (nova) zijn. In lijn hiermee biedt artikel 4:6 Awb een bestuursorgaan de mogelijkheid een nieuwe aanvraag om een beschikking bij gebreke van nova op eenvoudige wijze af te doen maar verplicht het hiertoe niet. Naar Nederlands recht heeft een bestuursorgaan derhalve in beginsel *steeds* de bevoegdheid om terug te komen op een beslissing die definitief is geworden; in beginsel, omdat uiteraard aan de belangen van derden niet tekort mag worden gedaan.’

En zoals elke bevoegdheid moet ook deze bevoegdheid worden uitgeoefend met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Op zijn minst kan men verlangen dat het

¹⁰ CRvB 21 oktober 2003, AB 2004, 11; CRvB 7 oktober 2003, AB 2004, 12 m.nt. A.T. Marseille; ABRvS 30 augustus 1997, AB 1998, 31; ABRvS 16 december 1996, AB 1998, 32 m.nt. B.J. Scheuler; ABRvS 24 januari 2000, AB 2000, 1999 m.nt. J.L. Boxum; CRvB 4 mei 2000, AB 2000, 299 m.nt. HH.

¹¹ Zie de noot van Verheij onder HvJ EG 13 januari 2004, JB 2004, 42 (m.nt. NV).

¹² Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Prejudicieel’, NJB 2004, p. 417.

¹³ Zie daarover C.H. Bangma, M.A.M. Dieperink & C.N.J. Kortmann, *De vijfde tranche*, Den Haag: BJu 2003, p. 57 (49-84); L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening*, Den Haag: BJu 2003, p. 133.

¹⁴ Vergelijk HR 24 januari 2003, AB 2003, 120 m.nt. RW (Maple Tree).

bestuursorgaan op grond van artikel 3:2 Awb (zorgvuldige voorbereiding) zich bij de beoordeling van het 'tweede verzoek' de vraag moet stellen of er wellicht – *aan het Europees recht ontleende* – redenen zijn op grond waarvan een verplichting bestaat om terug te komen op eerdere beslissingen. De vraag is dan ook waarom het CBB bepaalt dat deze bevoegdheid niet kan worden getransformeerd in een verplichting. Had Kühne & Heitz dan tegen elke in haar ogen 'verkeerde' tariefindeling in bezwaar en beroep moeten komen? Met andere woorden, hoe 'hard' is het tweede door het Hof genoemde criterium ('het besluit is definitief geworden door een rechterlijke uitspraak in laatste instantie')? In de regel zal van de belanghebbende verlangd kunnen worden dat deze de beschikbare rechtsmiddelen aanwendt tegen hem onwelgevallige besluiten. Bij gebreke daarvan zal het besluit formele rechtskracht verkrijgen en is de kous af.¹⁴ Maar, *in casu* leidt het oordeel van het CBB in elk geval tot het advies aan een belanghebbende zich in een soortgelijke situatie tot de hoogste nationale instantie te verzetten tegen een besluit waarmee hij het niet eens is, ook wanneer hij weet dat het een zinloze exercitie is. Doet men dat niet, dan wordt aangenomen dat in het besluit is berust. Dit advies geldt blijkens het oordeel ook ten aanzien van de beslissingen van het Productschap genomen na de uitspraak van het CBB van 22 november 1991, hoewel volstrekt duidelijk is dat het aanwenden van rechtsmiddelen tegen de daarna genomen beslissingen waarin een 'verkeerde' tariefindeling werd gehanteerd, volkomen zinloos was. Het is ons inziens maar de vraag of de 'omstandigheden' m.b.t. het tweede verzoek wel zo 'clair' waren, dat het CBB het stellen van prejudiciële vragen achterwege had mogen laten. Uit de zaak *Metallgesellschaft* kan worden afgeleid dat van particulieren niet verlangd wordt dat zij kansloze rechtsmiddelen moeten aanwenden teneinde hun rechten niet te verspelen.¹⁵ Ook Verheij, in zijn eerder genoemde annotatie onder deze uitspraak, merkt op dat niemand staat te wachten op 'zekerheidszelve ingestelde kansloze beroepen'. Ten slotte, de eveneens door het Hof in r.o. 26 benadrukte omstandigheid dat de betrokkene zich onmiddellijk tot het bestuursorgaan moet wenden indien hij kennis heeft genomen – en waarschijnlijk: kennis had kunnen nemen – van de rechtspraak van het Hof waaruit bleek dat de eerdere besluiten in strijd met het Gemeenschapsrecht zijn genomen, sluit niet uit dat er wellicht ook bij het tweede verzoek sprake kan zijn van een verplichting tot terugkomen.

Kühne & Heitz in ruimer perspectief

Hoe moet deze uitspraak nu worden gezien vanuit het bredere perspectief van de beïnvloeding door het Gemeenschapsrecht van nationaal bestuurs(proces)recht? Inmiddels mag bij de lezer van dit tijdschrift als bekend worden verondersteld, dat hierbij de drie volgende beginselen¹⁶ een rol spelen:

- 1 het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat met zich meebrengt dat particulieren alle rechten die zij aan het Gemeenschapsrecht ontlelen, bij de nationale rechter in principe moeten kunnen afdwingen;
- 2 het gelijkwaardigheidsbeginsel op grond waarvan regels van nationaal procesrecht niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden;
- 3 het doeltreffendheidsbeginsel; regels van nationaal procesrecht mogen de uitoefening van de door het Gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

In de praktijk houdt de toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming een meer indringende toets van nationaal procesrecht in dan een, al dan niet gecombineerde, toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. De rechtspraak van het Hof van Justitie is op dit punt nogal grillig en weinig voorspelbaar. Ook in *Kühne & Heitz* lijkt het Hof in het midden te laten wat nu de exacte grondslag is van de verplichting om 'terug te komen op'. Er vindt slechts een algemene verwijzing naar het in artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel plaats.

Het lijkt ons dat artikel 4:6 Awb niet als zodanig in strijd is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De ratio – rechtszekerheid en erkenning van de formele rechtskracht – wordt immers ook door het Hof zelf erkend (r.o. 24). Dus moet het arrest wel worden gesitueerd in de context van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. In die context hadden wij echter een rechtsoverweging verwacht in de trant van: de algemene regel bij de toepassing van nationaal bestuurs(proces)recht, zoals bijvoorbeeld artikel 4:6 Awb, is dat dit krachtens het beginsel van procesautonomie van de lidstaten een zaak van de interne rechtsorde van de lidstaat is, mits evenwel die regels van nationaal procesrecht niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en zij de uitoefening van de door het Gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). Opmerkelijk is dat deze, of een soortgelijke, rechtsoverweging, geheel en al ontbreekt in *Kühne & Heitz*. Onze verwachting, op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel, was dat het Productschap 'gewoon' artikel 4:6 Awb had kunnen toepassen. Echter, uit de uitspraak blijkt dat dit niet mogelijk is. De kern van de uitspraak ligt in de opvatting dat de *bevoegdheid* van bestuursorganen om terug te komen op definitief geworden besluiten onder bepaalde omstandigheden worden getransformeerd in een *verplichting*, wanneer die bevoegdheid betrekking heeft op Europeesrechtelijke rechtsbetrekkingen. Conclusie moet blijkbaar zijn dat het doeltreffendheidsbeginsel een afwijking eist van de 'normale' toepassing van artikel 4:6 Awb. Een duidelijkere motivering van het Hof van Justitie op dit punt had echter niet misstaan.

Deze 'bevoegdheid = verplichting' doctrine is niet nieuw. Zo heeft het Hof een week voor *Kühne & Heitz* in *Wells* bestuursorganen opgedragen een in strijd met de milieu-effectbeoordelingsrichtlijn 85/337 verleende vergunning in te trekken of op te schorten, indien het nationale recht dit mogelijk maakt, maar niet verplicht stelt.¹⁷ Het bekendste voorbeeld van deze doctrine is natuurlijk de *Van Schijndel*-rechtspraak over de ambtshalve toepassing van Gemeenschapsrecht door de nationale rechter.¹⁸ Deze *dient* dwingende bepalingen van Gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen, indien het nationale recht hem die mogelijkheid geeft. Echter, noch in de literatuur, noch in de rechtspraak zelf kan een gemakkelijk

¹⁵ Gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98, Jur. 2001, I-1727, SEW 2002, p. 154 m.nt. van den Hurk en Prinssen.

¹⁶ Zie hierover meer uitgebreid J.H. Jans e.a. *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, met name hoofdstuk II. Vergelijk ook recentelijk R.J.G.M. Widdershoven, 'Geploeter bij de ambtshalve toepassing van EG-recht', *TvO* 2003, p. 178-186.

¹⁷ HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-201/02. In dit arrest kwam overigens wel een verwijzing voor naar het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.

antwoord worden gevonden op de vraag waarom een bevoegdheid onder de invloed van het Europees recht verandert in een verplichting. De opvattingen dat de nationale rechter de volle werking van het Gemeenschapsrecht dient te verzekeren,¹⁹ dat het Europees recht behoefte heeft aan 'uniforme rechtsbescherming',²⁰ dat de verplichting voortvloeit uit de voorrang en rechtstreekse werking van het Gemeenschapsrecht of zelfs dat het Europees recht een 'openbare orde' karakter zou hebben,²¹ zijn alle niet echt bevredigend. Het lijkt ons daarom hoog tijd dat het Hof van Justitie in de komende tijd hier meer duidelijkheid over biedt. De worstelingen – of zelfs 'geploeter' zoals Widdershoven het noemt – die de Nederlandse bestuursrechters hebben met het toepassen van het 'gewone' bestuurs(proces)recht in gecommunautariseerde rechtsbetrekkingen illustreren de noodzaak daartoe.²²

¹⁸ HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, *Jur.* 1995, I-4705.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld zaak C-453/99, *Courage en Crehan*, *Jur.* I-6297, rechtsoverweging 25.

²⁰ Vergelijk het pleidooi – onder het motto 'de procedurele autonomie heeft zijn beste tijd gehad' – in de Nijmeegse oratie van Anne-Marie van den Bossche, *Europees recht in de kering: over winterbedding, potpolder en schorre*, Antwerpen: Kluwer 2001.

²¹ P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht*, tekst & commentaar, Deventer 2003, p. 452, die het 'openbare orde' karakter, naar onze opvatting ten onrechte, afleidt uit ABRvS 19 februari 2003, AB 2003, 129 m.nt. JV. Vergelijk ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Geploeter bij de ambtshalve toepassing van EG-recht', *TvO* 2003, p. 178-186. De verwarring over het al dan niet 'openbare orde' karakter van rechtstreeks werkend Gemeenschapsrecht is overigens ook voor een deel op het conto van het Hof van Justitie te schrijven: zaak C-126/97, *Ecoswiss/Benetton*, *Jur.* 1999, p. I-3055.

²² Wij wijzen in dit verband onder andere op het – aarzelande – 'omgaan' van de Afdeling bestuursrechtspraak, zoals ten aanzien van haar zogenaamde 'fuiiken'-jurisprudentie wanneer het om rechtstreeks werkend Europees recht gaat en de plotselinge volledige toetsing aan de IPPC-richtlijn; Zie ABRvS 15 januari 2003, *M&R* 2004, 6; ABRvS 19 februari 2003, *M&R* 2004, 7; ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2003, 391 m.nt. RW, *M&R* 2004, 8 m.nt. RvG; ABRvS 23 oktober 2002, *AB* 2002, 418 m.nt. ChB.

²³ Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur en Factortame*, *Jur.* 1996 I-1029, r.o. 85.

²⁴ Zoals bekend heeft het Hof van Justitie in de zaak Köbler, zaak C-224/01, *AB* 2003, 429, m.nt. RW de aansprakelijkheid van de Staat ook aangenoemen voor schendingen van EG-recht door een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie.

²⁵ Ook in het januari/februari-nummer van dit tijdschrift werd gewezen op het gevaar van proliferatie van procedures die combinatie van Kühne & Heitz en de zaak Köbler (staatsaansprakelijkheid voor rechterlijk falen) met zich mee kan brengen, zie E. Steyger, 'De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', *NTer* 2004, p. 18-22.

²⁶ Waarbij kan worden opgemerkt dat het voor de benadeelde onder omstandigheden gunstiger is om bij het bestuursorgaan herziening te vragen, dan de Staat aansprakelijk te stellen in een civiele actie. Immers, aansprakelijkheid van de Staat vereist dat 'een voldoende gekwalificeerde schending' wordt aangetoond; een horde die wel eens in de praktijk een aanzienlijke kan blijken te zijn.

Aansprakelijkheid van de Staat

Hoe verhoudt zich nu deze *Kühne & Heitz*-doctrine met het vraagstuk van overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijk falen, met name de uit *Brasserie* voortvloeiende plicht tot schadebeperking? In *Brasserie* is door het Hof gesteld dat de benadeelde zich redelijke inspanningen dient te getroosten om de omvang van de schade te beperken, omdat hij anders de schade zelf moet dragen.²³ Moeten nu benadeelden zoals Kühne & Heitz, voordat zij eventueel de Staat der Nederlanden aansprakelijk stellen voor de gevolgen van het niet stellen van prejudiciële vragen door het CBb²⁴, eerst het Productschap verzoeken om terug te komen op zijn eerdere beslissing? En als afwijzend wordt beslist, eerst deze hele rechtsgang afwerken voordat de Staat aansprakelijk kan worden gesteld? Wij zouden menen van niet; een en ander onder het motto 'dan kunnen we wel aan de gang blijven'.²⁵ Een dergelijke verplichting voor de benadeelde lijkt me toch niet meer onder het begrip 'redelijke inspanning' te kunnen worden begrepen. Voorlopig zouden wij dan ook willen verdedigen dat de benadeelde hier de keuze heeft: of om herziening vragen aan het bestuursorgaan of de Staat aansprakelijk stellen voor rechterlijk falen.²⁶

Conclusie

De 'bevoegdheid = verplichting'-doctrine heeft een nieuw toepassingsgebied gekregen. De *bevoegdheid* van bestuursorganen om terug te komen op definitief geworden besluiten wordt onder bepaalde omstandigheden getransformeerd in een *verplichting*, wanneer die bevoegdheid betrekking heeft op Europeesrechtelijke rechtsbetrekkingen. De doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsorde geschiedt in die gevallen onder 'gunstiger' voorwaarden dan normaal. Wat goed genoeg is voor het nationale recht – 'normale' toepassing van artikel 4:6 Awb – is niet altijd goed genoeg voor het Europees recht. Maar waarom dat zo is, maakt het Hof in deze zaak niet echt duidelijk. Deze 'bijzondere' behandeling van het Europees recht in de nationale rechtsorde zou naar onze opvatting alleen in 'bijzondere' gevallen moeten plaatsvinden. Van rechterlijke instanties mag dan ook worden verlangd dat zij motiveren waarom die bijzondere behandeling noodzakelijk is. De motivering van het Hof van Justitie in *Kühne & Heitz* vinden wij dan ook aan de 'magere' kant. Een op de omstandigheden van het geval toegespitste redenering, die nauwelijks inzicht biedt in het 'waarom' van het arrest en ook nauwelijks richtinggevend is voor gelijksoortige problemen.

Hier wreekt zich ook dat het CBb bij het stellen van de prejudiciële vraag niet ook nog een vraag heeft gesteld ten aanzien van het zogenoemde 'tweede verzoek'. Niet aanstonds is in te zien waarom het Productschap niet verplicht zou zijn geweest om ook hier terug te komen op een eerder besluit.